



Implicações das novas tecnologias na investigação criminal

José Marques Estaca*

I – A relevância do problema:

A questão sobre a admissibilidade ou legalidade de (novos) meios tecnológicos de prova, como sejam todo o tipo de reproduções mecânicas ou por qualquer meio de processo eletrónico de imagens ou palavras (gravações fotográficas e fonográficas, escutas telefónicas, videovigilância ou outras comunicações eletrónicas), assim como todo o tipo de registos mecânicos ou eletrónicos sobre dados pessoais (por exemplo, ficheiros informáticos) ou meios científicos de recolha destes (por exemplo, perfis de ADN), atendendo à tipificação resultante do disposto nos artigos 125º e 126º do Código de Processo Penal (CPP), a par das questões sobre a licitude/ilicitude dos meios de obtenção dessa prova (art.º 199º do Código Penal) e da valoração da mesma no processo penal (art.º 167º

* Assistente da Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, Advogado. Tive o enorme privilégio de ter colaborado como assistente do Prof. Doutor Pedro Pais de Vasconcelos durante dez anos do seu magistério. O seu exemplo, de uma vontade inesgotável de viver e de saber, guiarão para sempre os meus passos. O seu rasgo intelectual de pensar o Direito sempre mais além frutifica em todos os juristas a abertura de novos horizontes e a novas soluções jurídicas, na prossecução de uma justiça que atenda à natureza das coisas, como mediadora entre o ser e o dever-ser.



do CPP), colocadas em cada vez maior evidência pela difusão constante nos diversos meios de comunicação social e das redes informáticas sociais de certos eventos com relevância criminal, levantam um problema que necessita de ser analisado atendendo à concatenação dos valores da justiça e segurança (individual e coletiva) com as liberdades pessoais, implicando sempre a salvaguarda dos direitos fundamentais.¹

Neste âmbito, assume particular relevância o “confronto” entre o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva consagrado no art.º 20º, nºs. 1 e 4 da Constituição da República Portuguesa (CRP), enquanto um direito fundamental constituindo também ele uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de direito² e as garantias (também elas constitucionais) de processo criminal, nomeadamente

¹ Conforme referem JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 362, a realização da justiça do caso é um valor constitucional, mas não é um valor absoluto, que possa ser perseguido por qualquer forma. Quando os meios utilizados para a obtenção das provas forem proibidos ou condicionados pela Constituição para salvaguarda de outros valores, os elementos probatórios por essa forma obtidos não podem ser utilizados em circunstância alguma; ficam radicalmente inquinados do vício de inconstitucionalidade e o sistema não pode tolerar que a Justiça seja prosseguida por meios inconstitucionais.

² V. J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 408. Para JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, UCP, 2015, p. 138, o art.º 20º da CRP trata de um direito fundamental de 2º grau, um direito que está constitucionalmente ordenado à tutela jurídica (e material) efetiva de outros direitos.



a estabelecida no art.º 32º, nº 8 da CRP³ a propósito da proteção de certos direitos fundamentais de personalidade (art.º 26º da CRP).⁴ Decorre do princípio da unidade do ordenamento jurídico que os direitos fundamentais, como princípios e valores constitucionais, não podem deixar de aplicar-se em toda a ordem jurídica e, portanto, também na área do direito processual penal.⁵

II – O direito processual penal enquanto direito constitucional aplicado:

As normas constitucionais diretamente atinentes ao processo penal, nomeadamente as relativas aos direitos, liberdades e garantias, assumem uma grande importância, sendo que as proibições de prova constituem meios processuais de proteção dos direitos fundamentais, impondo, por conseguinte, limites à

³ V. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 361, ao referirem que regra do nº 8 do art.º 32 da CRP consagra o princípio das proibições de prova e encontra também consagração nos textos do direito internacional, nomeadamente nos artigos 5º e 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigos 3º e 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e art.º 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.

⁴ Como referem PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª edição, Almedina, Reimpressão 2022, p. 47, a tutela da personalidade tem a ver com a coletividade e com as pessoas, com o Estado e com o Cidadão, com o próprio e com os outros. Também PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2006, p. 47.

⁵ V. MARIA FERNANDA PALMA, «*Tutela da Vida Privada e Processo Penal: Realidades e Perspectivas Constitucionais*», *Jurisprudência Constitucional* nº 10, 2006, pp. 3-12.



descoberta da verdade material, dado que a verdade não pode nem deve ser alcançada a qualquer preço.

Se, por um lado, o direito à prova, nas suas várias vertentes de direito à utilização de meios de obtenção de prova (fora ou dentro, antes ou durante, o processo)⁶, de direito à apresentação desses meios de prova em processo e de direito à valoração processual desses mesmos meios de prova, decorre do direito de acesso aos tribunais e surge como uma manifestação essencial da garantia ou direito de ação ou defesa e do direito a um processo equitativo, o qual pressupõe a faculdade de as partes apresentarem provas destinadas a demonstrar os factos alegados em juízo (art.º 20º, nºs. 1 e 4 da CRP)⁷, por outro lado, as proibições de prova surgem como garantias constituindo potenciais limites ou restrições ao direito à

⁶ V. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal, II*, Verbo, 1993, p. 163, elucidando que os meios de obtenção da prova são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do “*thema probandi*”, são instrumentos para recolher esses meios no processo. Normalmente, são modos de investigação para obtenção de meios de prova e, por isso, que o modo da sua obtenção seja particularmente relevante. Nalguns casos, o próprio meio de obtenção da prova acaba por ser também um meio de prova, como, por exemplo, as gravações.

⁷ V. J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 408. Neste sentido, ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Almedina, 1998, pp. 232-233, a qual acrescenta que do dever de o tribunal tomar em consideração todas as provas produzidas e do direito das partes à prova decorre que a recusa de um meio de prova deve ser sempre fundamentada numa norma ou num princípio jurídico, não podendo o tribunal exercer neste campo um poder discricionário.



prova, no seu conjunto.⁸

Conforme distingue a doutrina, os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar condições para a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respetivas esferas jurídicas, as garantias só neles se projetam pelo nexó que possuem com os direitos, como por exemplo as garantias de processo criminal enquanto manifestação de um direito fundamental processual.⁹

Neste sentido, segundo a interpretação dominante dada ao nº 4 do art.º 32º da CRP deve entender-se que a garantia de salvaguarda dos direitos fundamentais no processo penal é atribuída pela constituição ao juiz, sendo que a intervenção deste na limitação dos direitos fundamentais não é, porém, por si só garantia suficiente contra o arbítrio na limitação daqueles direitos, tornando-se necessário para a segurança jurídica que a lei defina os pressupostos materiais e formais dessa intervenção.

Assim, por exemplo, a interceção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas durante o

⁸ Neste sentido, v. MARGARIDA SOUSA MARTINS, *Da Admissibilidade das Gravações e Fotografias Recolhidas por Particulares como Meio de Prova em Processo Penal*, Almedina, 2022, p. 17, afirmando que as proibições de prova, desempenhando uma função tuteladora dos direitos fundamentais, surgem, no processo penal português, como verdadeiros limites à descoberta da verdade material.

⁹ V. JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Almedina, 2017, p. 148.



inquérito por despacho judicial, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, e relativamente apenas a certos crimes (art.º 187º do CPP).¹⁰

No seguimento deste entendimento, suscita-se desde logo a problemática, que de seguida se desenvolverá, sobre a vinculação das demais entidades públicas, que não as autoridades judiciárias, e das entidades privadas, bem como dos particulares, enquanto ofendidos, com o direito de intervir no processo nos termos da lei (art.º 32º, nº 7 da CRP), e possibilidade de se constituírem assistentes no processo penal (art.º 68º do CPP), tendo a faculdade de oferecer provas (art.º 69º, nº 2, al. a) do CPP), assim como de deduzir acusação independente do Ministério Público ou no caso de procedimento dependente de acusação particular com a indicação de provas a produzir ou a requerer (artigos 283º, nº 3, al. f), 284º, nº 2, al. b) e 285º, nº 3, todos do CPP), às proibições de prova e restrições legais que contendam com direitos fundamentais.

O direito à prova deve ceder face à proteção de determinados direitos fundamentais, em particular certos direitos de personalidade, e em face de restrições justificadas, tal como consta do art.º 32º, nº 8 da CRP, sendo nulas as provas obtidas fora dessas restrições legais (art.º 126º do CPP).¹¹ Importa, por isso, analisar

¹⁰ V. GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 172-174, acrescentando que é necessário que esteja um processo em curso, não podendo a diligência ser mero instrumento de investigação extraprocessual; a pendência de um processo criminal surge como uma exigência constitucional (art.º 34º, nº 4 da CRP).

¹¹ V. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar*, 1990, p. 481, ao referir que quando a lei estabelece a proibição de prova não importa distinguir a



mais detalhadamente aquela disposição constitucional e sua repercussão na legislação ordinária.

A doutrina e a jurisprudência distinguem, assim, uma proibição absoluta de prova para os casos em que é posta em causa a dignidade humana (correspondente à 1ª parte do nº 8 do art.º 32º da CRP e aos nºs. 1 e 2 do art.º 126º do CPP), de uma proibição relativa de prova para os casos em que são postos em causa direitos fundamentais de cariz individual, que podem ser restringidos, de acordo com o princípio da proporcionalidade (correspondente à 2ª parte do nº 8 do art.º 32º da CRP e aos nº 3 do art.º 126º do CPP).¹²

Desta forma, a primeira parte do nº 8 do art.º 32º da CRP estabelece a inadmissibilidade absoluta e sem exceções da prova obtida mediante “tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa” (proibição absoluta de prova), ao passo que na segunda parte da citada norma legal só será inadmissível a prova obtida mediante “abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” (proibição relativa de

sua causa, esse meio é sempre inadmissível no processo. Também neste sentido, ISABEL MARIA FERNANDES BRANCO, *As gravações e fotografias ilícitas como prova a valorar no âmbito do processo penal e civil (Tendências Jurisprudenciais)*, Verbo Jurídico, 2015, p. 6, ao referir que não obstante a preocupação dominante no processo penal seja a busca da verdade material, a mesma deve obedecer a um inteiro respeito pela pessoa do arguido, tendo sempre em conta que se está perante um presumível inocente. Sobre a proteção dos bens fundamentais da personalidade humana relacionada com a proibição e condicionamento de certas provas em processo penal, v. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pp. 101 e 345, nota 865ª.

¹² V. MILENE VIEGAS MARTINS, *A Admissibilidade de Valoração de Imagens Captadas por Particulares como Meio de Prova no Processo Penal*, AAFDL, 2014, p. 54.



prova), uma vez que a prova assim obtida poderá ser válida se não resultar de uma “abusiva intromissão” – conceito de direito fundamental dinâmico, sujeito a uma interpretação ponderativa de acordo com os cânones decorrentes do princípio da proporcionalidade (art.º 18º, nº 2 da CRP).¹³

É, pois, muito relevante para efeitos de tutela dos direitos

¹³ Segundo MILENE VIEGAS MARTINS, *ob. cit.*, pp. 41, 53 e 99, o art.º 32º, nº 8 da CRP não é taxativo, podendo proceder-se à aplicação analógica do regime das proibições de prova sempre que um direito fundamental se encontre relacionado com a dignidade da pessoa humana e careça de tutela. Refere, por outro lado, que os direitos fundamentais não têm a condição de direitos absolutos sendo, portanto, necessário analisar os diferentes condicionalismos que devem concorrer, no caso concreto, na hora da legítima limitação do direito fundamental, de modo a verificar de acordo com um juízo de ponderação a necessidade de tutela do direito fundamental afetado. Acrescenta, ainda, que o que está aqui subjacente é a colisão de direitos fundamentais que permite a restrição dos mesmos atendendo aos seus limites imanentes, sendo que, na opinião desta autora, a restrição deverá era o único meio de solucionar o conflito entre direitos constitucionais de idêntica natureza, operando apenas no âmbito do estritamente necessário à superação do conflito. Também ISABEL ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 240, entende que não sendo o art.º 32º, nº 8 da CRP uma norma de natureza excepcional, quer formal quer material, a mesma é de aplicação analógica ao processo civil, já que a lesão dos direitos fundamentais não é menor pela circunstância de as provas se destinarem ao processo civil. Para J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 524, o abuso verifica-se quando a intromissão é efetuada fora dos casos previsto na lei e sem intervenção judicial (art.º 34º, nºs. 2 e 4 da CRP), quando desnecessária ou desproporcionada, ou quando aniquiladora dos próprios direitos (art.º 18º, nºs. 2 e 3 da CRP). Ao diferenciar «intromissão abusiva» de «intromissão ilícita», o art.º 32º, nº 8 da CRP pretendeu reger mais do que situações de ilicitude, aquelas que podendo ser toleradas pela lei, podem constituir abuso, por representarem restrições desproporcionadas ou aniquiladoras dos próprios direitos fundamentais de personalidade.



fundamentais de personalidade e recorte jurídico-legal do âmbito ou campo de proteção destes direitos face ao também direito fundamental de acesso à justiça a distinção entre as proibições absolutas e as proibições relativas (ou condicionais) de obtenção de meios de prova. Assim, a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações são métodos relativamente proibidos, pelo que essa proibição é afastada quer pelo consentimento do titular dos direitos de personalidade em causa, quer pelas restrições à inviolabilidade desses direitos contantes do art.º 34º, nºs 2, 3 e 4 da CRP.¹⁴

Neste particular, é igualmente importante distinguir as situações de autolimitação vinculante de um direito de personalidade (não se confundindo com situações de caráter dispositivo, impedidas pela “natureza das coisas” relativa à dignidade humana, sendo que as situações de autolimitação nunca poderão constituir uma renúncia total, perpétua ou irrevogável desse direito) por vontade do respetivo titular, por exemplo, através do consentimento autorizante de uma intervenção pública ou privada restritiva ou limitadora daquele direito, ou até de uma conduta espontânea de exposição e/ou divulgação pública de certos bens jurídicos protegidos por esses direitos de personalidade (como sejam a reserva da intimidade da vida privada, a imagem física, a palavra, entre outros), das situações de restrição legal.¹⁵

¹⁴ V. PAULO SOUSA MENDES, *As Proibições de Prova no Processo Penal*, Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 2004, p. 137.

¹⁵ V. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade cit.*, pp. 153-165 sobre o papel da autonomia privada e respetivos limites no exercício dos direitos de personalidade e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria*



Em consonância com o quadro normativo constitucional, o art.º 126º do CPP repete a citada distinção entre as proibições absolutas (n.ºs. 1 e 2) e as proibições relativas de obtenção de meios de prova (n.º 3). As proibições de certos métodos de obtenção de prova – manifestação de proibições de produção de prova – dirigem-se preferencialmente aos órgãos de perseguição penal, a começar pelas autoridades judiciárias e a terminar nos órgãos de polícia criminal.

Todavia, essas proibições de produção de prova também se aplicam aos restantes sujeitos processuais, especialmente os assistentes, verificando-se uma subsunção da licitude da obtenção dos meios de prova produzidos pelos particulares à figura e ao regime geral das proibições de prova.¹⁶

A exclusão das provas obtidas por particulares no âmbito do art.º 32º, n.º 8 da CRP podia ser sustentada com base no disposto no art.º 34º, n.º 4 da mesma, excluindo do seu âmbito de proteção as provas

Geral do Direito Civil cit., pp. 58-61. Também JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição, Almedina, 2004, pp. 330-331, sublinhando a necessidade de verificação das condições de validade jurídica do consentimento vinculante, autorizante ou aquiescente, só podendo admitir-se este como fundamento legítimo de uma autolimitação dos direitos fundamentais se forem o produto inequívoco de uma vontade livre e esclarecida, garantia da autenticidade e da genuinidade da manifestação de vontade do titular do direito, que justifica a restrição ou limitação.

¹⁶ V. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, Reimpressão 2013, pp. 46 ss. e 155 e PAULO SOUSA MENDES, *ob. cit.*, pp. 138-141. Contra: MARGARIDA SOUSA MARTINS, *ob. cit.*, p. 24, afirmando que no que concerne aos particulares, o legislador não estabelece um *modus* específico de aquisição da prova, consubstanciando uma proibição de valoração independente.



ilicitamente obtidas por particulares. Acompanhando, porém, a melhor doutrina nesta matéria, é de rejeitar esse entendimento, porquanto o art.º 34º, nº 4 da CRP não pode obviamente significar que aos particulares seja lícita a ingerência na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação de outrem, não se compreendendo que uma tal derrogação fosse possível em face do estatuído pelo art.º 18º, nº 1 da CRP.¹⁷

Pelo que, sempre que o processo de obtenção de meios de prova estiver atingido pela mácula do atentado extremo contra os direitos fundamentais do arguido (ou do visado), não pode exigir-se aos órgãos de aplicação da lei penal, em nome da sua respeitabilidade e credibilidade segundo a ideia de direito, que utilizem a prova obtida pelos particulares.¹⁸

¹⁷ V. ISABEL ALEXANDRE, *ob. cit.*, pp. 234-239, referindo que o art.º 34º, nº 4 da CRP visa reafirmar a inviolabilidade de tais direitos por parte das autoridades públicas e autorizar essa ingerência apenas ao nível do processo penal. Contudo, esta autora entende que o elemento sistemático de interpretação afigura que o art.º 32º, nº 8 da CRP não tem eficácia horizontal, limitando-se a estabelecer mais uma garantia para o arguido, nas suas relações com as entidades públicas, não sendo conclusivo quanto à questão de saber se às entidades destinatárias da proibição é também vedado valorar as provas recolhidas por particulares. Acrescenta, todavia, que a ligação estreita entre o art.º 32º, nº 8 da CRP e os direitos fundamentais permite concluir que o preceito, sendo embora, em primeiro plano, apenas uma garantia do indivíduo face ao Estado, funciona também como garantia dos direitos, liberdades e garantias em geral, admitindo que uma interpretação conforme à máxima eficácia dos direitos fundamentais leva a considerar nulas, não só as provas obtidas pelas entidades públicas, mediante violação dos mesmos, mas também as obtidas pelas entidades privadas (art.º 18º, nº 1 da CRP).

¹⁸ V. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 44-48.



De acordo com uma vasta doutrina, do princípio da ponderação de interesses, imanente a toda a problemática das proibições de prova, há de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos fundamentais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração de prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade.¹⁹

Trata-se de um princípio geral de ponderação, que erige a realização efetiva da justiça penal em transcendente interesse do Estado de Direito, cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais e legitimar o seu sacrifício. Contudo, tal ponderação de interesses deve ser feita casuisticamente, perante os conflitos em jogo, tomando em conta o interesse da perseguição penal à luz do próprio significado do direito fundamental, através de um juízo de proporcionalidade.²⁰

¹⁹ V. MANUEL JOÃO ALVES / FERNANDO GONÇALVES, *A Prova do Crime, Meios Legais para a sua Obtenção*, Almedina, 2009; RITA CASTANHEIRA NEVES, *As Ingerências nas Comunicações Electrónicas em Processo Penal – Natureza e Respectivo Regime Jurídico do Correio Electrónico Enquanto Meio de Obtenção de Prova*, Coimbra Editora, 2011; ANTÓNIO DE JESUS TEIXEIRA, *Os Limites do Efeito-À-Distância nas Proibições de Prova no Processo Penal Português*, UCP, 2014; FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS, *Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*, 2ª ed., Almedina, 2015; JOSÉ PEDRO FREITAS, *Os Meios de Obtenção de Prova Digital na Investigação Criminal – O regime jurídico dos serviços de correio eletrónico e de mensagens curtas*, Nova Causa, 2020; JULIANA CAMPOS, *O Malware como Meio de Obtenção da Prova em Processo Penal*, Almedina, 2021.

²⁰ V. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 28-32, refere, exemplificativamente, citando SCHÄFER, que o primado da esfera íntima, face às necessidades da justiça penal na procura da verdade, recua quando, à luz do princípio de proporcionalidade, a ponderação com o significado do direito fundamental de



Acresce, ainda, que uma proteção sem limites a certos direitos fundamentais, como sejam os direitos de personalidade à imagem ou à palavra, reconhecidamente relativos, na sua oponibilidade à produção de meios de prova, pode deixar em muitos casos sem efetiva tutela o próprio direito de ação, sendo que aqueles direitos seriam invocados em claro abuso de direito.²¹

III – A aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares:

Nos termos do art.º 18º, nº 1, *in fine*, da CRP, os preceitos

respeito pela dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade faz emergir prevalentes necessidades da justiça criminal, que exigem a admissibilidade de produção e valoração do meio de prova. COSTA ANDRADE, a p. 75, entende que não se deve encarar o arguido como titular ou portador exclusivo dos direitos, interesses ou bens jurídicos cuja salvaguarda pode ditar, em concreto, balizas à descoberta da verdade; pelo contrário, só uma arrumação e imputação policêntricas daqueles interesses abrirá a porta a uma adequada compreensão teleológica das proibições de prova.

²¹ V. JOSÉ FERNANDO DE SALAZAR CASANOVA ABRANTES, *Provas Ilícitas em Processo Civil. Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares*, Direito e Justiça, Vol. XVIII, Tomo I, UCP, 2004, p. 113 ss., admitindo uma gradação entre os direitos fundamentais, nomeadamente quanto à admissão de limitações relativamente a alguns deles. Alguma jurisprudência portuguesa tem vindo a admitir a valoração da prova, à partida ilicitamente obtida, com base numa ponderação de interesses, como sejam o Acórdão do STJ de 19/05/2010, os Acórdãos do TRG de 30/04/2009 e 24/11/2014, os Acórdãos do TRL de 03/06/2004, 28/05/2009 e 19/10/2011, o Acórdão do TRC de 10/10/2012 e o Acórdão do TRP de 23/10/2013.



constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, entre os quais se inclui o art.º 26º e o art.º 32º, nº 8, ambos da CRP, vinculam, não só, as entidades públicas, mas, também, as entidades privadas, nas suas relações entre si, adquirindo, deste modo, eficácia *erga omnes*, isto é, eficácia geral perante todos.²²

Como fundamento axiológico e teleológico da norma em apreço temos a dignidade humana da pessoa em relação às demais – dimensão da dignidade humana que a configura como realidade não apenas intrínseca (em si), mas como realidade relacional, traduzida numa ideia de reciprocidade –, daí que a vinculação aos direitos, liberdades e garantias se não dirija somente ao Estado e demais pessoas coletivas públicas, mas também aos particulares e entidades privadas.²³

²² V. J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pp. 379-387. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Almedina, 2012, pp. 54-55 e 133, distingue entre eficácia imediata em relação a terceiros e vigência imediata dos direitos fundamentais, só devendo falar-se de eficácia imediata em relação a terceiros se os direitos fundamentais se dirigirem imediatamente contra sujeitos de direito privado. Este autor rejeita, em princípio, que os sujeitos de direito privado sejam destinatários das normas de direitos fundamentais, e que os seus atos, incluindo negócios jurídicos e atos ilícitos, sejam objeto de controlo segundo os direitos fundamentais. Para o mesmo, os sujeitos de direito privado e o seu comportamento não estão, em princípio, sujeitos à vinculação imediata aos direitos fundamentais, o que é explicável porquanto o art.º 1º, nºs. 1 e 3 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, sobre a proteção da dignidade humana e vinculação dos direitos fundamentais, tem uma redação bastante diferente da do art.º 18º da CRP, em termos dos destinatários vinculados àqueles.

²³ V. MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Fundamentos de Direito Público*, UCP, 2012, pp. 130-132. No mesmo sentido, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 259 ss., referindo que o problema hermenêutico relativamente ao preceituado no art.º 18º, nº 1 da



Seguindo a doutrina atual²⁴, o art.º 18º, nº1 da CRP prescreve, em simultâneo, um âmbito alargado de vinculatividade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias, que abrange positiva e negativamente todos os sujeitos e poderes públicos, independentemente das suas formas concretas de atuação, assim como os próprios sujeitos jurídicos privados nas relações que

CRP, que não define os termos em que se processa a vinculação das entidades privadas, nem se estas se referem a todos e quaisquer indivíduos ou apenas a pessoas coletivas, resolve-se com o recurso ao seu fundamento de ordem teleológica e axiológica, que reside na proteção da dignidade humana.

²⁴ V. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*, UCP, 2018, p. 184 ss. e 204, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais cit.*, pp. 102, 106 e 395, entende estarem hoje completamente obsoletas as teses da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, assim como as suas herdeiras mais diretas que se limitam a reconhecer a vinculação do legislador de direito privado àqueles mesmos direitos – ambas irremediavelmente improcedentes à luz do próprio texto constitucional –, sendo que a única dúvida razoável apenas se pode referir ao modo como aquela eficácia se equaciona a propósito de cada direito. Pelo que, o verdadeiro significado do art.º 18º, nº 1 da CRP é o de afirmar que os sujeitos privados, além de titulares ativos, são (ou podem ser) também destinatários passivos principais de direitos, liberdades e garantias e que, por isso, estabelecem entre si verdadeiras relações jus-fundamentais, independentemente da configuração destas. Este autor defende que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas privadas obedece a uma geometria variável, na medida em que está em larguíssimo grau dependente da estrutura normativa dos direitos concretamente envolvidos e, em particular, do modo como o seu conteúdo se encontra constitucionalmente consagrado e, quando seja o caso, da concretização legal que deles já tenha sido efetuada. Desta forma, os deveres de proteção do Estado representam um *plus* que assenta sobre a ideia de uma vinculação preexistente dos sujeitos privados aos direitos fundamentais.



estabelecem entre si.²⁵

As relações jus-fundamentais assumem, assim, uma estruturação triangular, na qual o Estado tem deveres de proteção dos direitos fundamentais relativamente ao lesado (titular de direitos fundamentais) e impõe restrições legais em relação ao agressor (também ele titular de direitos fundamentais) aos seus direitos, liberdades e garantias.²⁶

A afirmação constitucional de aplicabilidade direta dos preceitos sobre direitos, liberdades e garantias não deve, todavia, ser absolutizada, de modo a significar a completa autossuficiência de todas e cada uma das normas em causa, em toda a sua extensão material e abrangendo o conjunto das suas diversas dimensões.²⁷

²⁵ V. FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *Direito Privado Constitucional. Notas Sobre as Relações entre o Direito Privado e os Direitos Fundamentais*, UCP, 2022, p. 22, ao afirmar que o art.º 18º, nº 1 da CRP é, numa infeliz formulação, o reconhecimento de que a competência dos privados para conformar as suas relações jurídicas se insere num programa mais amplo para a sociedade e que, evidentemente, o direito privado não pode estar subtraído à força conformadora dos direitos fundamentais.

²⁶ V. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais cit.*, pp. 127 ss. e 148 ss.

²⁷ V. FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, *ob. cit.*, pp. 13 e ss., em tema sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, discorre que a Constituição não se impõe às relações jurídicas entre privados por um efeito normativo deduzido da existência de uma ordem jurídica escalonada ou hierarquizada, mas pelo seu conteúdo, sendo que a necessidade de atribuir relevância aos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada é imposta, desde logo, pelo imperativo de unidade do sistema jurídico. Assim, no direito privado, os direitos ou as liberdades exercidas pelos particulares estão geneticamente vinculados às exigências impostas pelos direitos fundamentais, razão pela qual estes direitos não irradiam sobre outros direitos ou



A ideia de aplicabilidade direta não pode dispensar uma análise casuística, cujo resultado é muitas vezes diferenciado em função da tipologia das normas constitucionais, da densidade e determinabilidade do seu conteúdo, e das funções jus-fundamentais que desempenham.²⁸

Como exemplo, temos que a vinculação dos tribunais aos preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias tem de ser compreendida à luz do princípio da tutela jurisdicional efetiva (art.º 20º da CRP), o que se traduz num dever de interpretação, integração e aplicação, tanto das correspondentes normas constitucionais, quanto das normas legais que as regulamentam, concretizam, conformam ou protegem, de modo a conferir aos direitos em causa a máxima eficácia possível, dentro do sistema jurídico.²⁹

Esta problemática adquire maior acuidade no que respeita à possível participação dos sujeitos privados no âmbito probatório do

partes do ordenamento jurídico, como se de exceções ou limitações externas a outros direitos se tratassem, antes valem diretamente, como se imanescentes ao conteúdo concreto de um direito ou à extensão de uma liberdade. Desta forma, haverá que distinguir entre os direitos fundamentais enquanto garantia institucional, como direitos de defesa, na sua feição de proteção ou de dever de prestação, e, como garantias processuais.

²⁸ V. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos Fundamentais. Teoria Geral cit.*, p. 187.

²⁹ V. JORGE PEREIRA DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 200-201 e 207, afirmando, por último, que quanto ao direito de tutela jurisdicional efetiva e à generalidade das garantias em processo criminal, o envolvimento dos privados, a existir, só pode ocorrer a título secundário, como sujeitos vinculados a um dever geral de respeito ou, quanto muito, a obrigações laterais ou acessórias, podendo falar-se com propriedade de uma eficácia externa ou quanto a terceiros.



processo penal, nomeadamente quando exista um conflito entre o direito fundamental de tutela jurisdicional efetiva na esfera jurídica de lesado particular *versus* um direito fundamental de personalidade na esfera jurídica do agressor.

A este propósito de vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias, fala-se de uma eficácia horizontal, ou perante terceiros, dos direitos, liberdades e garantias («Drittwirkung»), em contraposição à mera eficácia externa, equivalente ao dever universal de respeito que recai sobre quaisquer cidadãos em face dos direitos dos outros – na eficácia horizontal há relações bilaterais sobre as quais se projetam ou em que podem ser afetados especificamente determinados bens.³⁰

Será na sua dimensão objetiva, enquanto normas constitucionais e valores comunitários, que se justifica e exprime a respetiva eficácia fora do âmbito das relações entre particulares e o Estado, em especial nas relações dos particulares entre si. Assim, a eficácia externa dos direitos fundamentais foi inicialmente pensada como eficácia horizontal, para fundamentar uma obrigação geral de respeito nas relações entre indivíduos, supostamente iguais, contraposta à típica eficácia vertical, nas relações do indivíduo perante o poder estadual – a eficácia externa das normas relativas aos direitos fundamentais surgia, então, concebida como eficácia perante terceiros.³¹

Numa outra perspetiva, passou a dar-se relevo à existência de deveres de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado,

³⁰ V. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 362 ss.

³¹ V. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 145-146 e 245 ss.



designadamente perante terceiros, formulando-se em paralelo com o tradicional princípio da proibição do excesso e inspirado nele um princípio de “proibição do déficit”, nos termos do qual o Estado está obrigado a assegurar um nível máximo adequado de proteção dos direitos fundamentais.

Sendo que, uma das limitações substanciais à proteção estadual dos direitos fundamentais é justamente imposta pelos direitos dos outros, em particular pelos seus direitos e liberdades fundamentais: assim, quando a proteção dos direitos de uma pessoa possa pôr em causa a esfera jurídica de terceiros, exige-se que essa proteção seja medida por uma ponderação dos bens e valores em presença e que respeite o princípio da proporcionalidade, nos termos gerais válidos para as situações de colisão ou de conflito.³²

IV – O juízo de proporcionalidade e as restrições legais:

De acordo com a doutrina tradicional³³, o apelo a um juízo de

³² V. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 147-149. Segundo CLAUS-WILHELM CANARIS, *ob. cit.*, p. 67, uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição do excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é aceitável, ainda que, evidentemente, também as considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação.

³³ V. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, pp. 325-326. Também MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *ob. cit.*, p. 145, trata o princípio da proporcionalidade como momento integrante do princípio do Estado de Direito, analisando de acordo com três vertentes: a vertente necessidade ou exigibilidade (na qual quaisquer limitações aos direitos, liberdades



proporcionalidade surge quando há dois ou mais bens jurídicos carecidos de realização e sobre os quais, ocorra ou não conflito, tenha de procurar-se o equilíbrio, a harmonização, a ponderação, a concordância prática.

Trata-se de uma funcionalidade teleológica e axiológica, no âmbito da qual se distinguem três subprincípios: idoneidade ou adequação (traduz-se na propositura de um meio adequado à prossecução do fim), necessidade ou exigibilidade (entre os meios que poderiam ser escolhidos em abstrato e sem colidirem com a Constituição, deve escolher-se o meio que melhor satisfaz em concreto, com menos custos nuns casos e com mais benefícios noutros, a realização do fim), e racionalidade ou proporcionalidade em sentido estrito (a justa medida, corresponde a uma correta avaliação não ficando aquém ou além do que importa para se alcançar o resultado devido), havendo ainda quem acrescente um subprincípio de razoabilidade.

Contudo, o princípio da proporcionalidade que está plasmado no art.º 18º, nº 2 da CRP não pode ser entendido somente como uma

e garantias, para serem concretamente determinadas, devem apresentar-se como necessárias em razão dos fins a alcançar – fins que têm de coincidir com valores constitucionalmente consagrados, pois só esses permitem a limitação de direitos, de tal modo que não é possível alcançar tais fins por outros meios menos onerosos), a vertente da adequação (expressando a ideia de que as referidas limitações aos direitos, liberdades ou garantias devem revelar-se como formas ou meios adequados à prossecução dos fins ou valores constitucionalmente protegidos), e a vertente da proporcionalidade em sentido estrito (a qual aponta para a proporcionalidade entre meios e fins, as medidas de restrição a direitos, liberdades e garantias não podem ser excessivas, antes proporcionais aos fins a atingir).



proporcionalidade singela traduzida na proibição de excesso, mas tem antes de ser uma proporcionalidade mais compreensiva, que abarca também a proibição do defeito – subprincípio que atua sempre que os níveis de salvaguarda dos direitos fundamentais ficam aquém dos parâmetros constitucionais.³⁴

Desta forma, a liberdade de conformação dos direitos fundamentais tem como principal limite o princípio da proporcionalidade, na sua dupla vertente de proibição de defeito – ou de proteção insuficiente – e de proibição do excesso – ou restrição injustificada.³⁵

Pelo que, perante a impossibilidade de uma hierarquização formal ou material dos direitos fundamentais (tema da ordem dos valores constitucionais), uma correta ponderação de bens apenas pode ser alcançada diante do caso concreto, atendendo às circunstâncias e às faculdades jus-fundamentais concretamente envolvidas.

Assim, se, por um lado, o art.º 18º, nº 2 da CRP não pode significar que é ilegítima toda e qualquer restrição que possa atingir o conteúdo essencial de cada um dos direitos fundamentais subjetivos individuais; por outro lado, também não pode subverter ou desfigurar o valor e as garantias constitucionais ínsitos em cada um

³⁴ V. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais cit.*, p. 128.

³⁵ V. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos Fundamentais. Teoria Geral cit.*, pp. 215, 249-255 e 286 ss., analisando igualmente o princípio da proporcionalidade na sua vertente mais comum de proibição do excesso, nos três vetores ou subprincípios relativamente autónomos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.



dos diversos preceitos relativos aos direitos fundamentais.

O valor constitucional das normas relativas aos direitos fundamentais só é efetivamente garantido se se exigir que a eventual restrição seja adequada e justificada pela necessidade de proteger ou promover um bem constitucionalmente valioso e só na proporção dessa necessidade.³⁶

Este, o conteúdo útil a dar na interpretação ao disposto no art.º 32º, n.º. 8 da CRP a propósito da restrição legal de «abusiva intromissão» face à limitação de certos direitos fundamentais de personalidade, com projeção nas diversas normas penais e processuais penais, como sejam os artigos 126º, n.º 3 e 167º, ambos do CPP (e também em relação a normas civis e processuais civis), relativas aos meios de obtenção de prova, à admissibilidade de determinados meios de prova em si mesma e à valoração desses meios de prova, em concatenação com o direito fundamental de tutela jurisdicional efetiva consagrado, com igual dignidade constitucional no art.º 20º, n.ºs. 1 e 4 da CRP.³⁷

³⁶ V. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 307-308. Neste sentido, MARGARIDA SOUSA MARTINS, *ob. cit.*, pp. 32-33, afirmando que o legislador, ao estatuir que o penalmente ilícito não será processualmente admissível, está a colocar um limite à descoberta da verdade material, comprimindo o direito à prova e, deste modo, o direito a uma tutela material efetiva, erigido em bem jurídico e consagrado no art.º 20º da CRP, sem que essa restrição pareça em conformidade, em todos os casos que surjam, com o princípio da proporcionalidade, previsto no art.º 18º, n.º e da CRP, analisado nas suas três vertentes: necessidade, adequação e proibição do excesso.

³⁷ V. MARGARIDA SOUSA MARTINS, *ob. cit.*, p. 30, ao postergar a interpretação do art.º 167º do CPP que, na remissão que opera para o direito penal substantivo, lhe



V – A colisão (aparente) de direitos fundamentais:

O problema da limitação ou harmonização dos direitos, liberdades e garantias, em face dos compromissos naturais e inevitáveis entre os direitos e valores constitucionais que conflituam ou podem conflitar diretamente em determinadas situações ou tipos de situações concretas, e que, nessas circunstâncias reciprocamente se limitam, insere-se na problemática mais vasta da colisão de direitos ou de conflito entre direitos e valores constitucionais comunitários ou individuais.

Havendo conflito, tal significa a existência de um direito em face de outros direitos ou de outros valores e a solução não pode ignorar o direito invocado, a não ser que se parta do reconhecimento de uma ordenação hierárquica dos bens constitucionalmente protegidos, sacrificando-se então naturalmente o de menor valor.³⁸

O entendimento e a solução normativa tradicional (art.º 335º do

atribui a intenção de dirimir uma colisão entre direitos subjetivos e fundamentais, por um lado, e interesses do Estado na perseguição penal, por outro, em favor dos primeiros.

³⁸ V. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 283-285 e 295, referindo primeiramente que além dos limites “internos” do subsistema jus-fundamental, que resultam das situações de conflito entre os diferentes valores que representam as diversas facetas da dignidade humana, os direitos fundamentais têm também limites “externos”, pois não de conciliar as suas naturais exigências com as imposições próprias da vida em sociedade. Nestes termos, poderá afirmar-se que o problema dos limites dos direitos fundamentais se coloca, afinal, na maior parte dos casos, como um conflito prático entre valores – entre os valores próprios dos direitos ou entre esses e outros valores comunitários – no contexto do sistema constitucional.



Código Civil), quer na doutrina quer na jurisprudência, sobre a colisão de direitos fundamentais, passam pela limitação recíproca e proporcionada dos direitos em presença, diminuindo o espaço de ofensa possível e implicam uma proteção relativa dos direitos nas relações intersubjetivas, designadamente no plano da aplicação jurisdicional do direito privado e do direito penal.³⁹

Todavia, existem boas razões para proceder a uma delimitação substancial do âmbito normativo dos direitos fundamentais ao nível constitucional, por interpretação, sendo neste sentido imperativa a distinção entre as situações de restrição legislativa e de limites imanes e as situações de solução, abstrata ou concreta, de colisões ou conflitos que envolvam direitos fundamentais.

Essa delimitação substancial justifica-se, desde logo, pela vantagem prática de evitar que venha a considerar-se como uma situação de conflito de direitos aquela em que o conflito é apenas aparente – não tem sentido fazer uma ponderação, que pressupõe a consideração de dois valores, quando estamos perante um comportamento que não pode, em caso algum, considerar-se constitucionalmente protegido, pois que, não existindo à partida um

³⁹ V. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil cit.*, pp. 301-302, salientando que a concretização do regime do art.º 335º do Código Civil exige uma ponderação dos direitos em conflito, a qual deve ser feita em concreto. Por sua vez, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 269 e 286-287, rejeita o modelo nos termos do qual os preceitos relativos aos direitos fundamentais deveriam ser entendidos como princípios consagradores de direitos *prima facie* que, em definitivo, podem vir a ser limitados, comprimidos, restringidos ou até sacrificados, segundo critérios de ponderação e de harmonização, para satisfazer outros direitos ou valores, em situações de conflito.



dos direitos, a situação só pode ser a da afirmação total do outro. Esta interpretação restritiva justifica-se ainda, e sobretudo, por assim se assegurar plenamente o núcleo essencial dos outros direitos fundamentais.⁴⁰

Desta forma, certa doutrina considera a existência de limites imanentes implícitos nos direitos fundamentais, sempre que (e apenas quando) se possa afirmar, com segurança e em termos absolutos, que não é pensável em caso algum que a Constituição, ao proteger especificadamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas do seu exercício.

Por outro lado, haverá colisão ou conflito de direitos fundamentais sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta (real ou hipotética) – a esfera de proteção de um direito é constitucionalmente protegida em termos de intersectar a esfera de outro direito ou de colidir com uma outra norma ou princípio constitucional.⁴¹

Acrescenta-se que a solução dos conflitos ou colisões entre direitos, liberdades e garantias ou entre direitos e valores comunitários não pode, porém, ser resolvida sistematicamente através de uma preferência abstrata, com o mero recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais, impondo-se uma ponderação concreta dos bens, que pode conduzir a resultados

⁴⁰ V. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 287-288 e 320-321.

⁴¹ V. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 295 e 321-322.



variáveis em função das circunstâncias.

O princípio consagrado na doutrina constitucional tradicional como princípio de harmonização ou concordância prática – que se executa através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito, exigindo-se que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja adequado e necessário à salvaguarda dos outros –, enquanto critério de resolução de conflitos, não pode, pois, ser aceite ou entendido como um regulador automático.⁴²

A questão do conflito de direitos ou de valores depende, pois, de um procedimento e de um juízo de ponderação, não dos direitos ou dos valores em si, mas das formas ou modos de exercício específicos dos direitos, nas circunstâncias do caso concreto, tentando encontrar e justificar a solução mais conforme ao conjunto dos valores constitucionais (à ordem constitucional), valendo, então, o princípio da “prevalência do interesse superior” ou da “prevalência do interesse preponderante”.⁴³

A doutrina maioritária tem considerado a colisão de direitos como um limite ao exercício dos direitos, o qual se verifica sempre que o exercício de um direito impossibilita, no todo ou em parte, o exercício

⁴² V. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 322-323 e 326.

⁴³ V. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 327-328, concluindo que na metodologia para a resolução de conflitos entre direitos tem de atender-se fundamentalmente a três fatores: ao âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito, à natureza do caso e à condição e comportamento das pessoas envolvidas.



do outro.⁴⁴

Contudo, segundo outra parte da doutrina, à qual aderimos por entendermos que procede a uma mais rigorosa e completa densificação desta temática, sobretudo no campo dos direitos fundamentais, deve proceder-se à diferenciação das hipóteses em que verdadeiramente o exercício de uma situação jurídica impede o exercício de outra situação jurídica, daqueles casos em que um direito limita ou restringe um direito alheio, em si mesmo considerado.

Considera esta doutrina que quando a aplicabilidade de uma das normas convergentes limita a aplicabilidade da outra ou a existência de um direito subjetivo limita o conteúdo de outro, por tal forma que este não abrange a conduta ou a situação em questão, então a figura da colisão aparente de direitos reconduz-se a um conflito aparente de normas.⁴⁵

De acordo com esta doutrina, o problema da aplicabilidade das normas é lógica e cronologicamente anterior ao da colisão de direitos, porquanto da sua resolução depende a possibilidade de haver ou não um verdadeiro conflito de direitos. Ou seja, a questão da delimitação, limitação ou restrição do conteúdo de um direito apresenta-se como uma questão prévia em face da limitação do

⁴⁴ V. ELSA VAZ SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil*, UCP, 2004, pp. 10 e 157 e *Colisão de Direitos*, Cadernos de Direito Privado, nº 52, Outubro/Dezembro, 2015, p. 20.

⁴⁵ V. ELSA VAZ SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil cit.*, pp. 94-95.



exercício do direito.⁴⁶

Assim, não há um conflito de direitos fundamentais quando pura e simplesmente não coexistirem dois direitos. O problema em causa não respeita ao exercício dos direitos fundamentais, mas à própria configuração destes – daí, a ideia de que as colisões aparentes de direitos fundamentais representam um conflito aparente de normas –, não se podendo confundir a delimitação do conteúdo de um direito fundamental com a limitação do seu exercício, o que implica a determinação precisa dos limites que estão implícitos na própria essência do direito fundamental.⁴⁷

Importa, portanto, diferenciar os limites extrínsecos do direito dos limites extrínsecos ao seu exercício, sendo que apenas nestes últimos ocorre uma situação de colisão de direitos em sentido próprio, devendo o intérprete encontrar a justa medida de exercício correspondente a cada direito verdadeiramente existente, com recurso ao princípio da proporcionalidade.⁴⁸

Acresce, que para que se possa falar de colisão de direitos é necessário que cada um dos intervenientes tenha legitimidade para adotar a conduta que pretende levar a cabo, ainda que, dadas as

⁴⁶ V. ELSA VAZ SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil cit.*, p. 96 e *Da distinção entre limites extrínsecos do direito e limites extrínsecos ao seu exercício cit.*, p. 463.

⁴⁷ V. ELSA VAZ SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil cit.*, pp. 97 e 114.

⁴⁸ V. ELSA VAZ SEQUEIRA, *Colisão de Direitos cit.*, pp. 26-27 e *Da distinção entre limites extrínsecos do direito e limites extrínsecos ao seu exercício*, *Direito e Justiça, Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. I, UCP, 2011, pp. 442-450.



circunstâncias, naquele momento particular tal não seja possível.⁴⁹

Em síntese, a colisão de direitos, enquanto limitação do exercício de um direito pelo exercício de outro, pressupõe a efetiva existência dos direitos em questão, sendo que, em todas as situações em que, apesar de vigorarem duas normas atributivas de direitos subjetivos potencialmente aplicáveis ao caso, somente uma dessas normas seja efetivamente aplicada, conferindo um único direito, não se verifica uma hipótese de colisão real de direitos, mas tão só de colisão aparente.⁵⁰

Particularizando, a doutrina sob análise defende que os direitos de personalidade, pela sua natureza, não colidem. A exercitação do respetivo direito traduz-se no gozo exclusivo de um bem de personalidade e, esse bem não pode pertencer a mais de uma pessoa, compreendendo-se, pois, a impossibilidade jurídico-factual de o exercício de um direito da espécie em apreço se encontrar em conflito com o exercício de outro direito, impedindo a sua atuação.

Os casos apelidados de conflitos de direitos de personalidade mais não são do que meras hipóteses de colisão aparente de direitos, pelo que o verdadeiro problema aportado a tais situações se reconduza à tarefa de descortinar, face ao caso concreto, os limites extrínsecos aos direitos em confronto.⁵¹

⁴⁹ V. ELSA VAZ SEQUEIRA, *Colisão de Direitos cit.*, p. 29.

⁵⁰ V. ELSA VAZ SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil cit.*, p. 121; *Colisão de Direitos cit.*, p. 25 e *Da distinção entre limites extrínsecos do direito e limites extrínsecos ao seu exercício cit.*, p. 463.

⁵¹ V. ELSA VAZ SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil cit.*, p. 286 e *Colisão de Direitos cit.*, p. 27 ss. Para uma análise aprofundada sobre a



Conclui a mencionada doutrina que a inserção de cada norma num sistema jurídico tem como postulado que o seu sentido útil provém, não apenas do seu teor intrínseco, mas também do preceituado pelas demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Por conseguinte, uma interpretação jurídica sistemática revela que, em rigor, uma norma restringe a outra, de molde a vigorar unicamente um direito – a verdadeira questão trazida por estas situações resume-se, na realidade, à determinação dos limites ao conteúdo desses direitos e, concretamente, à sua delimitação recíproca.⁵²

Retomando o tema – o dilema – do confronto entre o direito fundamental de tutela jurisdicional efetiva (art.º 20º, nºs. 1 e 4 da CRP) com as garantias fundamentais do processo criminal (art.º 32º, nº 8 da CRP), a propósito da proteção de certos direitos fundamentais de personalidade no que se relaciona com a atividade probatória, acompanhamos plenamente o entendimento doutrinário de que quando se reconhece a impossibilidade legal de praticar certo ato violador de um direito, ou quando se declara que determinada conduta, devido à existência de outro direito, não pode ser permitida, não se está a determinar uma simples limitação à atuação das correspondentes posições jurídicas, mas a estabelecer

colisão de direitos em matéria de direitos de personalidade, v. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, em que para este autor o problema da colisão de direitos pode ter lugar relativamente a direitos com objetos jurídicos diversos mas em que os exercícios ou as tutelas de tais direitos se mostram colidentes.

⁵² V. ELSA VAZ SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil cit.*, pp. 287 e 289.



as fronteiras de cada uma dessas posições.⁵³

José Marques Estaca

⁵³ V. ELSA VAZ SEQUEIRA, *Colisão de Direitos cit.*, p. 30 e *Da distinção entre limites extrínsecos do direito e limites extrínsecos ao seu exercício cit.*, p. 462.



REVISTA DE
DIREITO COMERCIAL



www.revistadedireitocomercial.com
2023-01-30